

契約締結上の過失論の成立・展開とその現況

メディクス, ディーター
ミュンヘン大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1816>

出版情報：法政研究. 51 (2), pp.1-34, 1985-02-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

契約締結上の過失論の成立・展開とその現況

データー・メデイクス

西村 重雄 訳

今から約一二五年前に、ルドルフ・フォン・イエーリングは、契約商議における過失 *Verschulden* から特別の損害賠償義務が生じうることを主張しました。契約締結上の過失 *culpa in contrahendo* についてのイエーリングの論文は一八六一年、「現代ローマ法・ドイツ法法学年報」——これはのちに「イエーリング年報」と一般に呼ばれます——第四巻に掲載され、有名なものとなりました⁽¹⁾。この論文は——イエーリング以前の法学者達が同様の対象について行った散発的な言及とは異なり——とりわけ影響力の大きいものでありました。と申しますのも、契約締結上の過失はドイツ法において法制度として今日一般に認められ、多くの極めて多様な法的連関の中に組み入れられ、すでに久しい以前から裁判官による法形成の重要な手段となっているのであります。さらに、ドイツ以外の国々においても同様の状況にあると見受けられます⁽³⁾。

しかし他方では、契約締結上の過失から活発な議論の対象となっている問題も生じています。私のこれから申し上げるお話は、これらの問題の少くともその一部が、イエーリングがその中で理論を作り上げた状況およびその中でこの理論が展開した状況から説明されることを示そうとするものであります。このように、その成立・展開の歴史的連

関を検討することは、現行法において契約締結上の過失に関する諸問題をより良く処理するためにあるいはどこかで、お役に立つかも知れません。

(1) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts Bd. 4 (1861) S. 1 ff.; Eike Schmidtによる復刻 (Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen と共に収録され、シッフマンの後記がある)。以下、ここでは「年報」にのみ引用する。

(2) 参照 Jhering S. 2ff.

(3) Nirk, Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, Rabels Z. 18 (1953) S. 310ff. ①中②中 較法上の言及を参照。なお Kreuzer, Culpa in contrahendo und Verkehrspflichten. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht (教授資格論文、フライブルグ大学、一九七二年、未公刊)

一、イエーリングの出発点

まず、イエーリングがこの理論を作り上げる際におかれていた法状況について概観いたしましょう。

一、アクイーリウス法または悪意訴権による不法行為責任

十九世紀中葉のローマⅡ普通法によれば、契約締結上の過失が問題となる事例における不法行為責任の基礎は、おもに次の二つでありました。そのひとつは悪意訴権であります。悪意訴権はどのような損害も対象としますが、しかし、それは故意による侵害を要件としています。第二の可能性は、アクイーリウス法第一章および第三章であります。同法は、過失による侵害も対象としていますが、他方、物そのものあるいは一人拡大して一人そのものに生じた損害であることを要件としておりました。

イエーリングがこの論文でどのような事例を解決しようとしたかは、「無効または成立に至らなかった契約における損害賠償」というその副題から明らかとなります。従ってここでは、有効な契約締結には至らず、その際過失 *Ver-schulden* があった場合が考えられています。このことをイエーリングの挙げる例が説明しています。売買契約は買主の錯誤により無効であるが、売主は契約の有効性を信じて包装・送付費用を支出した例。⁽¹⁾ あるいは、契約の意思表示伝達のために使った使者がおかした過ちのために契約が不成立に終わった例。⁽²⁾ あるいは、電報局で、「売る」が「買う」と間違えられ、それによって購入された国債がその後直ちに暴落した例。⁽³⁾ これらの事例はすべて、加害の故意がなく、従って、悪意訴権はそもそも問題とはなりません。他方ここでは、特定の有体物が侵害されたのではなく、単に第一次的財産侵害 *primäre Vermögensverletzung* が生じているにすぎません。これは、アクイリーウス法の適用範囲ではありません。従って不法行為責任はいずれも成立しないこととなります。

二、契約訴権

以上に述べましたことから検討の対象として契約訴権だけが残ります。契約訴権では、*culpā* 従って過失 *Fahrlässigkeit* でも十分であり、また、第一次的財産侵害に対しても賠償を要求することができます。しかし、ほかでもなく契約が成立しなかったにも拘らず、契約訴権で訴えることが一体可能なのでしょうか。リヘルマンは、⁽⁴⁾ 錯誤に関する一八三七年の著作においてかかる可能性を肯定し、契約の無効は履行請求を否定するのみであり、過失 *Ver-schulden* による損害賠償訴権を排斥するものでない、と述べました。しかし、これに対して、⁽⁵⁾ サヴィニーの権威が立ち塞がりました。サヴィニーは、過失 *Verschulden* は一般的義務発生根拠とならず、有効な契約に基づく義務を⁽⁶⁾ 変更(すなわち、例えば、履行請求から損害賠償請求に変更)することがありうるのみである、と書きました。ローマの訴訟方式書を一見しても、サヴィニーの見解が是認されるように見受けられます。と申しますのは、例え

ば、買主訴権の方式書は「アウルス・アゲリウスがヌメリウス・ネギデイウスから……買ったので」すなわち「原告が被告から買ったので」⁽⁶⁾という言葉で始まります。この「買った」(“emit”)を有効な売買を指示するものと考えるのは容易に理解されるところであります。というのも、この訴権の第一次的目標である履行も有効な売買を前提としていることは疑問の余地のないところであるからであります。

- (1) Jhering S. 2.
- (2) Jhering S. 4.
- (3) Jhering S. 6.
- (4) Richelmann, Der Einfluß des Irrthums auf Verträge (1837) S. 129ff.
- (5) Savigny, System des heutigen römischen Rechts III § 138 d.
- (6) Lenel, Das Edictum Perpetuum (3. Aufl. 1927) S. 299.

二、イエーリングの論証

では、このような法状況を前にして、イエーリングはどのように議論を進めているかを考察してゆくことにいたしまししょう。

一、訴権の必要性

イエーリングは、まず法感情に訴えることから始めます⁽¹⁾。これらの場合に何らの損害賠償請求権も存在しない、という上述の法状況から生ずる当然の帰結を「不公平かつ実際に慰めようのないこと」であるとし、⁽²⁾というの、落度のある者は責任を免れ、これに対し、落度のないものが他人の過失 *culpa* の犠牲となるからであり、このよう

な帰結を容認するには、「自らのうちにある健全な法感情の動きをすべて自らのなかに押え込ま」ねばならず、これに対して、これらの場合に損害賠償訴権が必要であることを「感じ」なければならぬ、というのであります。

ちなみに、法感情にこのように訴えることは、一見そう考えられるほど説得力のあるものではありません。むしろ、イエーリングの上述の論証の中に、思考過程の省略がすでに現われており、それがのちにさらに大きな意味を持つこととなります。つまり、私は、クルパ culpa すなわち過失 Verschulden に直ちに關係づけることを指しているのであります。これに対して、過失 Verschulden は、今日の法律学にとっては、客観的義務違反の主観的側面を意味するものにすぎません⁽²⁾。従って、まず、義務の存在を明らかにし、ついで、その違反を確定しなければなりません。これに対して、過失 culpa に直接關係づけると、かかる義務違反を前提としてしまい、その主観的側面のみを検討するという危険を生むこととなります。

イエーリングの持ち出した例の多くにおいて、客観的義務違反そのものがすでに決して自明のものではありません。契約商議に入ることによって、錯誤なしに意思を表明する義務が本当に生ずるのでしょうか。あるいは、少なくとも有効な意思表示があるという間違った外観を避ける義務が存在するのでしょうか。使者または電報局が意思表示を誤って伝達したとき、意思表示をした者はどのような義務に違反しているのでしょうか。問題をこのように表現してみますと、過失 culpa があるとするのははや決してそう当然のことではないように見受けられます。のちほど申し上げますように、このことは、いくつかの事例についてイエーリング自身も感じていたことでありました。

二、ローマ法源

法感情に訴えることがどれだけの説得力をもったにせよ、イエーリングは、単に法感情に訴えることにとどまるには、あまりにはるかに立派な法律家でありました。イエーリングは、引続いて、ローマ法源について、それが自分の

主張する契約締結上の過失に基づく賠償請求の根拠を与えるものかどうかを検討します。その際、イエーリングは、まず、二つの法源グループを取扱います。

(a) 法源の最初のグループ⁽³⁾は、神聖地、宗教地、公有地の売買、すなわち、私的取引の対象とはならない土地の売買に関するものであります。そのような売買は無効でありました。それにも拘らず、モデスティーヌス、学説彙纂一八卷一章六二法文一節⁽⁴⁾によれば、善意の買主は売主に対し自分が欺かれないうことについて有した利害関係 *quod interfuit eius ne deciperetur* を目的とする訴権を有します。この語句で、買主が契約の有効性を信頼し、それが裏切られたことよって買主の蒙った損害が考えられているように見られます。ユースティーニアヌス帝はその法学提要三卷二三章五節⁽⁵⁾において同様に述べています。そこではさらに、自由人を奴隷として買う事例がこれに等置されています。最後に、ウルピアヌス、学説彙纂一一卷七章八法文一節⁽⁶⁾も、その具体的内容に言及することなく、契約の無効にも拘らず生ずる賠償訴権について述べています。この訴権は、いわば買主訴権を含むものであるから (*cum quasi ex empto actionem continet*)、事実訴権としてその相続人に対しても行使される、とされます。

(b) 法源の第二グループ⁽⁷⁾は、遺産売買に関するものであります。売買の目的とされた遺産がともかくも存在すれば、それが売主に属さない(従って、売主が履行しえない)場合であっても遺産の売買は有効とされます。買主はその場合には遺産の価額を取得します(パウルス、ヤウオレーヌス、学説彙纂一八卷四章七法文および八法文前半⁽⁸⁾)。しかし、遺産が全く存在しない場合には、第七法文によれば売買は無効であり、支払われた売買代金は不当利得返還請求されうるとし、第八法文はこれに売主の費用賠償義務を付加し、法典編纂者により追加された第九法文はこれに加え、買主に利益——その内容はそこでは詳しく表示されていない——に対する請求権を付与しています。第七法文に訴権として挙げられた嚴格法上の不当利得訴権は費用償還・損害賠償をその内容とすることはありえないのでありま

すから、第八、九法文において念頭におかれているのは不当利得訴権以外の訴権であるに違いないであります。しかし、それがまさに契約訴権であることは、両法文のいずれにおいても明らかではありません。

三、ローマ法源にもとづく反論

しかし、ただいま指摘した点を除きましても、契約締結上の過失論にとって、ローマ法源は、実際には、イエーリングの叙述から見受けられるほどには有利なものではありません。

(a) イェーリングの利用する法文のいくつかが後古典期にあるいは変更されたものであるかもしれない、⁽⁹⁾ ということは当然のことながらここで述べる問題の連関では論じないでおきましょう。というのは、イエーリングおよびその同時代の学者は、今日われわれが論ずるような、法文が真に古典期のものであるかについて殆んど問題としなかったからであります。むしろ、イエーリングは基本的に法文をその伝承されてきた形で理解し、また、理解しなければならなかったのであります。当時の現行の法が基礎とすべきそれらの法文に対してインテルポラーティオー（修正）研究がなされることは殆んどありえないことでもあります。従って、私も以下において法文の真正さの問題には立ち入りません。

(b) ローマ法源の中で、契約締結上の過失論の根拠を提供するものは上述の二つの法文グループにすぎない、ということはいェーリングにとっても疑問を抱かせたはずでありましょう。と申しますのは、古典期法源はなおさまざまに類似の状況を論じていますが、そこでは契約の無効により期待を裏切られた当事者に信頼利益が賠償されていません。その一例は自由人を奴隷として売った場合であります。イエーリングはこの事例を、彼自身の言葉によれば、「疑問を含む事例を引き合いに出すことによって、疑問のない法源の言明に基礎を置く研究を阻害し⁽¹⁰⁾」ないために、論文の後半の部分ではじめて言及しています。錯誤の事例についてイエーリングは、⁽¹¹⁾ 法源が損害賠償について何ら言

及していないことを自ら認めています。しかし、この場合に保護が必要であること、そのことだけで十分である、とします。最後に——別の事例グループをもう一つのみ挙げるとすれば——意思不合致 *Dissens* についてイエーリングは、全くあつげらんかと、損害賠償請求権がこの事例については法源からでなくイエーリング自身に由来している、と述べています。⁽¹²⁾

(c) しかし、イエーリングは「過失 *culpa*」という要件事実にも最も大きな精力を割いています。契約商議から生ずる損害賠償義務の理論のこの中心的概念を今からより詳しく検討してみましよう。

- (1) Jhering S. 2 f.
- (2) 例えは *Medicus, Schuldrecht I* (2. Aufl. 1984) § 29 II 1 参照。
- (3) Jhering S. 8 ff.
- (4) モデステイヌス、法規則論第五卷 学説彙纂一八、一、六二、一 神聖地、宗教地あるいは公有地を私有地として知らずに買った者は、売買は有効ではないが、買主訴権に基づき欺かれないうちについて自分が有した利害関係あるところのものを取得するよう売主に対し訴求する。
- (5) 法学提要三、二三、五 神聖地あるいは宗教地、さらに同じく公有地、例えばフォールム、パシリカ、をそのことを知りながら買ったときは無効である。しかし、欺かれて私有のもの、あるいは、非宗教的なものとしてこれらを売主から買った場合は、これらを持つことは買主に許されないもので、買主が欺かれなかったことについて買主の利害関係あるところのものを取得するよう買主訴権を持つ。自由人を奴隷として買った場合も同様である。
- (6) ウルピアーヌス、告示注解第二五卷 学説彙纂一一、七、八、一 宗教地がそうでない土地として売られたと主張される場合は、法務官は、そのことが関係する者に売主に対する事実訴権を付与する。この訴権は、いはば買主訴権を含むものであるので、相続人を相手方としても成立する。
- (7) Jhering S. 9 ff.

- (8) パウルス、プラウティウス注解第一四巻 学説彙纂一八、四、七 ある者が遺産を売却したとき、売買が存在するためには遺産が存在しなければならない。なぜなら、狩猟やこれに類するものの場合のように、賭が買われるのではなく、物が買われる。もし遺産が存在しない場合は、売買は締結されず、従って代価は不当利得訴権により返還請求される。
- ヤウォレーヌス、プラウティウス注解第二巻 同章八 遺産が売主に属さなかった場合、買主にどれだけ給付すべきであったかは、次のように区別されるべきであろう。もし何らかの遺産があり、しかしそれが売主に属さない場合にはその遺産自体が評価される。もし、それについて商議したと見られる遺産が全くない場合には、代価のみを、もしそのことについて出費したときは、それを買主は売主から取得する。
- パウルス、告示注解第三三巻 同章九 および、買主に利害関係あるならば、「それを取得する」。
- (9) たよぎば、Medicus, Id quod interest (1962) S. 164 ff. における記述参照。これを補完するものとして H. Honsell, Quod interest im bonae fidei iudicium (1969) S. 107ff. 拙著 S. 165 において表明した。 D. 18, 1, 62, 1 について ex empto [買主訴権に基づき] の部分を修正をうけたものとする見解を私は現在では維持するものではない。
- (10) Jhering S. 63.
- (11) Jhering S. 73.
- (12) Jhering S. 78.

三、過失 culpa の要件

「過失 culpa」という概念は、その他の点ではイエーリングに有利なローマ法源のいずれにも現われていません。損害賠償義務をそれにも拘らず過失 culpa に基礎づけることが出来るために、イエーリングは従って二つの方向で証明しなければなりませんでした。すなわち、法源によれば故意は必要とされないこと、また、逆に、責任が過失 Verschulden と全く独立に生ずるものであってはならないこと、の二つであります。

一、故意は必要とされるか

故意が必要であることは、次のことから引き出すことが出来たであります。二つの法文が、賠償の負担の記述において“decipere”と関連づけています (quod interfuit eius ne deciperetur [欺かれないことについて買主が有した利害関係] 学説彙纂、一八、六二、一、同様にユ帝法学提要三、二三、五)。ここで、decipere が——その他の場合にしばしばそうであるように——「欺罔する」を意味するのであれば、賠償義務者は故意に行動していなければなりません。そうであれば、故意の場合にはすでに悪意訴権で十分でありますから、契約締結上の過失論は不必要となりましょう。

これに対して、イエーリング⁽¹⁾は適切にも、“decipere”の別の意味の可能性を指摘します。“deceptus”は他人のとなしに期待が裏切られた者すべても指す⁽²⁾とします。この解釈を採りますと、商議の相手方に故意があることは必要がないこととなります。

二、過失とは独立の責任か

イエーリングにとっては法源において契約当事者の過失 *Verschulden*——従つて過失 *Fahrlässigkeit*——が要求されているという第二の方向での証明を行うことははるかに困難であります。

(a) すなわち、神聖地、宗教地あるいは公有地の売主がその個々の事例においてその土地が私的取引の対象となりうることを確信していることがありうることは疑いありません。売主が、例えばその土地を相続し、あるいは自らもともに買ったものであることもありましょう。遺産の売主も、遺産が存在しないことを必ずしも常に知っていなければならぬという訳ではありません。被相続人と想定された者が十分に合理的な推測に反してなお存命している、ということもありえます。イエーリングは、例えば、これらの事例が法文を記述した学者の考えなかった非典型的な事例で

ある、というふうには議論を進めませんでした。そうではなくて、イエーリングはこれらの事例において過失 culpa があるときまさに強引に解釈しています。⁽³⁾ イエーリングは彼個人としては、ローマ法学者がかかる事例において売主の不知を直ちに——すなわち、個別的事情を顧慮することなく——過失 culpa と表現したであろうと確信しているというのであります。しかし、イエーリングは自ら直ちに付言して、ここで反論がありうることを予想はするが、自分にその反論を黙らせることが出来るかどうかは分らない、と述べています。

私もまた、この点について納得していないことを正直に申し上げなければなりません。たしかに、定型化された悪意 dolus と同じ様に、定型化された過失 culpa もローマに存在したかもしれませぬ。しかし、もしそうであるなら、法学者達がまず過失 culpa を語り、ついで、それに、今日我々がもはや過失 Verschulden があるものとは見ない事例もつけ加える、ということが考えられましよう。しかし、まさに問題となっている法文には過失 culpa への言及がありません。しかも、これらの法文は古典期晩期の学者（モデステイヌス、ウルピアヌス、パウルス）の書いたものでありますが、これらの学者にとっては、かかる定型化はむしろあまりありそうなことではありません。

(b) この点に関し、なぜイエーリングがここでかくも過失 culpa に固執し、ローマ人がこれらの事例について過失を問わないで責任を負わせていたことを認めようとしなないのか、という質問が当然に出てまいりましよう。これに対してイエーリングは二つの議論で答えています。⁽⁴⁾

まず第一に、過失 culpa は損害賠償義務の「法的根拠づけと説明」に不可欠である、とします。その理由は、過失 culpa によってはじめて、契約が締結される以前の責任が一般的な契約理論に服することになりますし、過失 culpa 要件なしでは責任は「全く孤立した実定的規定」にすぎなくなる、というのであります。

第二に——第一の議論と連関していることは明らかであります——契約商議から生ずる損害賠償義務を、法源で

取扱われた二つの事例グループを超えて、一般化するために過失 *culpa* が必要であるとします。というのは過失 *culpa* は、「法源の二つの事例グループから、損害賠償訴権の必要が少なからざる程度に存在するところのその他の多くの事例に到達するため」の橋である、というのであります。イエーリングは従って、過失 *culpa* 要件なしには類推がとめどのないものになるにちがいないと感じています。イエーリングはそうでなければ、自分が創り出したものを契約締結上の「過失 *culpa*」と名づけることは出来なかつたのでありましょう。

この議論の進め方は、イエーリングが法史家として書いたのではなく、実定法学者として書いたものであること、彼はローマ法源の法を叙述することではなく自己の時代に適切な法を与えようとしたものであること、をまったく明確に示しています。その場合にイエーリングは、ローマ法源が自分の考えるところに適合する限りで法源を引き合いに出しています。しかし、法源がそうではないところでは、イエーリングは法源に従うことを拒否しています。まさにここに、イエーリング独自の法創造的業績がはじまるのであります。

(1) Jhering S. 11

(2) 参照 Heuman-Seckel, Handlexikon s. v. decipere 「deceptus は circumventus とは異なる意味を持つる」

(3) Jhering S. 35.

(4) Jhering S. 40f.

四、具体的事例での過失 *culpa* 要件の理由づけ

一、既に成立した契約関係と生成中の契約関係との同視

イエーリングはまず、プロイセン一般ラント法およびオーストリア民法典の中にも契約締結上の過失の痕を探し、それを見出しました。⁽¹⁾ ついで、イエーリングは、次のような上位命題を言明し、そこからその一般化が出發するものとします。

「契約上の注意義務 *diligentia* の掟は、既に成立した契約関係にも、また、生成中の契約関係にも妥当する。その違反は、既に成立した契約関係の場合と同様、生成中の契約関係の場合においても損害賠償を目的とする契約訴権を基礎づける。⁽²⁾」

それより以前に⁽³⁾ イェーリングはすでに次のように言明していました。なす場合の過失 *culpa in faciendo* だけの領域から、なさない場合の過失 *culpa in non faciendo* の領域へ、すなわち、注意義務 *diligentia* の領域へ移行する。契約締結そのものに際してすでに必要な注意を払わねばならない、と。そのことから注意義務 *diligentia* という言葉で考えられた、契約が成立する以前の注意義務 *Sorgfaltspflicht* が個別的に何を含むかの問題が生じます。しかし、この問題は二つの理由からあまり解決されなままでありませぬ。

その理由のひとつは、契約が成立する以前の注意義務と契約上のそれとが同一のものであるかのようにイエーリングのもとでは聞えますが、実際には随分ちがっていることにあります。すなわち、契約締結後にはまず第一に、約束された給付が負われています。従ってその確実な履行に向けて債務者は注意をもって努力しなければなりません。これに対して、契約成立以前にはこのような給付はまだ問題となりませぬ。従って、義務の方向はこの場合には契約履行の場合とは別のものでなければなりません。

二つ目の理由として、イエーリングが土地・遺産の売主に過失 *culpa* があるとする上述のような強引な解釈によつて、義務内容の記述を全く不確かなものとしてしまったことが挙げられます。土地・遺産の売却の場合に過失 *culpa*

が定型化されたため、個人の極めて注意深い態度の場合においても過失 *culpa* がある、とされえたのであります。しかし、このやり方を一般化すると、まさに恣意的に演繹するという危険に近づくにちがいありませんでした。そして、実際、イエーリングはこの危険から免れなかったのであります。

二、具体的事例における過失

このことは以下、イエーリングが取扱ったいくつかの事例に即して示されます。

(a) イェーリングのもとでは、伝達されるべき意思表示が使者によってまたは電報局によって変更されたという、当時しばしば議論された事例が大きな場所を占めています。イエーリングはこの場合に、使者または電報に携った者の過失 *Verschulden* について発信者に責任を負わせるという道はとりませんでした。そうではなくて、イエーリングは発信者自身に過失 *Verschulden* があると主張します。すなわち、意思表示者が、自らの口頭または書簡による表示という絶対確実な伝達手段をとらず、それより確実性が劣るものを選んだこと自体に過失 *Verschulden* がある、と言うのであります。⁽⁴⁾

イエーリングはその論文に付した追補の中でもこの見解を堅持しています。⁽⁵⁾ 少くとも電報を利用することは不可欠でありまた普通のことであること、そしてさらに、意思表示受領者も、電報という伝達手段を選択することに同意済みであること、という二つのもっともな異論も、イエーリングにその考えを変更させることにはなりませんでした。これらの事例の場合にはむしろ過失 *Verschulden* と関係のない責任——今日の言葉で言えば危険責任——に関するものであることをイエーリングは認めようとはしません。しかし、そうしたのはおそらく内的確信からというより、その理論が矛盾を含まないようにするためでありましょう。すなわち、あるところでイエーリングは意思表示の送り手は「自らの危険で」行動している、と述べているのであります。⁽⁶⁾

(b) 申込と承諾に関連するいくつかの場面で過失 *culpa* があるとすることが恣意的であることは、おそらくもつと明白でありましょう。普通法によれば、隔地者間でなされた申込は契約締結に至るまで、つまり、申込者が承諾の意思表示を受領するまでは撤回することができません。ですから、申込を受けた者が、自己の承諾の意思表示送付後、申込の撤回を当座は知らず、従って誤って契約が成立したものと信頼する、といった危険があります。イエーリングは、このような事例において、申込を撤回した者に契約締結上の過失により責任を負わせようとしています。その場合に、そもそも法上許された撤回がなぜ過失 *culpa* でありうるのか、というもつともな問題に突き当たります。これに対してイエーリングは、委任・組合の法を指摘し、そこでも、解約告知は有効であるが損害賠償の義務があることがありうる、と反論します。しかしながら、契約締結を阻止することが法上許されている事例を、有効な契約を時ならず解消する事例と本当に同じものと考えることが許されるかどうかは、なお疑わしいところであります。

イエーリングの論証は、ひとつの特別の例においては完全に失敗に帰しています。すなわち、契約の申込をなした者が承諾の意思表示を受領以前に死亡することによって——普通法でそう規定されていたように——契約が不成立に終わったという事例においてであります。イエーリングは自ら次のように述べています。⁽⁹⁾

「死亡を過失 *culpa* であるとは言えない。私の理論がここで躓きの石にぶち当たっていることを認めざるをえないが、極めてむりやりの努力なしにはこれを切り抜けて理論を発展させることができない。」

この努力がイエーリングを間違った方向へ導き、対席して契約を締結すれば、有効な契約という間違った外観は少くともこのような仕方では発生しなかったであろう、とそもそも隔地者間で契約しようとすることだけに非難を基礎づけるということに至ったのであります。

(c) 契約当事者の一方の個人的事由により有効な契約の締結がなされない場合には別の難しい問題が生じます。

すなわち、その者が未成年であるか禁治産宣告されている場合がそれであり、ローマ法および普通法においては、契約締結上の過失に基づく賠償義務の問題が全く生じない形で処理されました。例えば、婦女は、その介入が債務引受の性格を有するものであることについて債権者を欺した場合には、ウェッレイウス元老院議決の保護を要求しませんでした。⁽¹⁰⁾ 多くの事例では、契約当事者の一方にも、契約成立を阻止する相手方の事由——例えば、未成年であること——が認識されたことでありましょう。その場合には、ローマ法源もイエーリングも被害者の善意を要求しますから、その理由だけですでに賠償義務は発生しません。⁽¹¹⁾ しかし、それと並んで、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求が本来問題となる事例があることが考えられました。⁽¹²⁾

しかし、そのような請求権を付与することに対して、イエーリング自らが極めて明確に言い表わした疑問があります。⁽¹³⁾ つまり、契約が有効でないとする法規律は大抵その者を請求から保護しようとするものであるのに、この保護されるべき者に対し契約締結上の過失に基づく賠償請求が向けられるとすれば、その保護は不完全なものとなる、というのであります。イエーリングは疑問としましたが、しかし、最後にはこの疑問を決定的なものとは考えませんでした。契約締結上の過失に基づく賠償請求は消極的利益に向けられており、従って大抵は履行請求より多くはない、というのであります。いずれにしても、イエーリングはこの問題について疑問を残したままであります。

- (1) Jhering S. 45 ff.
- (2) Jhering S. 52.
- (3) Jhering S. 41f.
- (4) Jhering S. 84.
- (5) Jhering S. 106 ff. bei Eike Schmidt S. 87ff.
- (6) Jhering S. 85.

- (7) Jhering S. 86ff.
- (8) Jhering S. 91ff.
- (9) Jhering S. 93.
- (10) せむびらぶ Jhering S. 58.
- (11) Jhering S. 14 f.
- (12) Jhering S. 58 の例。
- (13) Jhering S. 58 ; 60ff.

五、民法における受容

以上をもってイエーリングの論証に対する私の批判的紹介を終わります。私はここで、その論文に対する一九世紀法文献の中に現われた反響についても立ち入るつもりはありません。⁽¹⁾むしろ、ドイツ民法（以下、単に「民法」と訳し、条文はそこに規定されているものを指す。）においてイエーリングの考えが持つことになった成果⁽²⁾について直ちに述べましよう。

一、立法による問題の解決

イエーリングの考えの主要部分は、立法者がイエーリングの指摘した問題を立法により解消することによって顧慮されました。それによって、民法が必ずしも常に契約締結上の過失という構成をとらなかつたとしても、イエーリングの提案した解決策の少くとも一つがその都度実現されました。

(a) このことは、電報または使者による意思表示という問題分野について特に明確であります。一二〇条によ

り、電報・使者などの手段を使う者は、誤って伝達された意思表示を取り消すに違いない。取消によってその者は意思表示を除去するが、同時に一二二条により意思表示の相手方に対し信頼利益の賠償の義務を負います。この賠償義務は——イェーリングの文言には対応しませんが、その考えに対応して——過失 *Verschulden* とは関係なく生じます。これによって、イェーリングの選択した過失構成 *Verschuldenskonstruktion* という無理は不要のものとなりました。顧慮される錯誤（一一九条）、諧謔行為（一一八条）についても過失 *Verschulden* が問題にされることはもはやありません。

(b) 申込および承諾の問題領域での法状況も変更になりました。と申しますのは、これらについて、今や一四五条が申込に拘束力を定めています。また、一三〇条二項によれば、申込はもはや申込者の死亡により消滅せず、一五三条に従い、承諾はその死亡後においても有効になされ得ます。これらによって、イェーリングが過失擬制 *Verschuldensfiktion* により取扱った事例において契約は有効となります。従って、このようにして信頼利益の賠償義務の問題はそもそも避けられます。その結果、申込の撤回、あるいは隔地者間で契約を結ぼうとしたことを過失 *Verschulden* と構成する努力はもはや必要ではなくなりました。

民法がある事例グループにおいて、契約締結上の過失のごく近くまで来たこともあることは明らかです。すなわち、隔地者間の契約商議において申込の受領者とその承諾の意思表示を適時に送付した場合、承諾をした者は契約の成立を通常期待することが許されます。それにも拘らず、承諾の意思表示が途中予想されるより長くかかり、そのため承諾の意思表示の受領者には申込の拘束力の期間経過後にはじめて到達した場合は契約は成立しないことがあります。この場合に、一四九条によれば、承諾の意思表示を受領した者は、その意思表示伝達過程において遅滞したことが自分に認識しうる場合には、送付者に対し契約が成立に至らなかったことを通知しなければなりません。この義

務に違反したときには、消極的利益につき責任を負う——それがイェーリングの規律に対応することですが——ものとはされていないことは明らかどころです。そうではなくて、契約が成立します。これによって、結局のところ、過失 culpa により成立した損害という構成が避けられます。

二、イェーリングの立場からの離反

これに対して、民法の立法者はその他の問題についてはイェーリングの行った提案から原則的には遠ざかりました。

(a) このことは、まず、契約締結上の過失の位置づけについてあてはまります。イェーリングは、⁽³⁾契約責任に関するものであることにもっとも重きを置いておりました。これに対して、民法草案理由は、多くの個所で次のように強調しています。

「契約締結上の過失に基づく責任が不法行為に属するのか、それとも法律行為上の義務の違反に属するのかは概念構成の問題であり、その解決は学問に委ねて良い。⁽⁴⁾」

しかし、この問題は、法律がその責任を規定する限りでは、その意味を大きく失いました。いずれにしても、学説および実務は、契約締結上の過失が疑いもなく特別結合関係の法 das Recht der Sonderverbindung に服しているとする点で、イェーリングの見解に組みしました。すなわち、不法行為の諸規定（特に八三一条、八四七条、八五二条）は契約締結上の過失に対して適用されないのであります。

(b) さらにその他の点でも、民法草案理由はイェーリングが抱いていた考えと大きく異なりました。イェーリングの考えは、「無効または成立に至らなかった契約」、つまり、外見上有効な契約に対する信頼から損害が生じた事例に限られていました。実際、契約が無効の場合にのみ、イェーリングが主として論じた、契約が無効であるにも拘

らずいかにして契約訴権が基礎づけられるか、という問題が成立しました。これに対して、民法草案理由書は、「契約締結上の過失」という名称を、これとは全く異なる事例グループに対しても使っています。すなわち、なるほど有効に契約は成立したが締結についての商議の際に当事者の一方がその相手方に対し有責に義務に違反した場合であります。民法草案理由書の挙げるその適用例によれば、かかる義務は、特に、契約目的物から生ずる危険に対する警告に関するものであります。このような事例において、有効な契約に基づく契約上の賠償義務を引き出すことに構成上難しいことはありません。これとは別の問題をはらむ事例についてはのちに論ずることにいたします。

(c) 民法は、その三〇七条において、イエーリングが頭に描いたことと著しく異っています。この規定によれば、契約が不可能な給付を目的としそのため無効である場合に、消極的利益の賠償を目的とする請求権が成立する、とされています。これは、イエーリングの「客体の不能」に関する事例グループに対応するように見受けられます。⁽⁶⁾しかし、イエーリングは、不可能な給付を約束した者の賠償義務のみを考えていました。これに加えてさらに、イエーリングは、過失 *Verschulden* を個別的に確めるのではなく、約束が履行されないことに定型的に過失 *Verschulden* があるものと考えようとするものであります。

これに対して、三〇七条は、不能な給付が約束された者の賠償義務もまたありうるものとしています。⁽⁷⁾ 定型化された過失 *Verschulden* という考えをとることは、この債権者には当然のことながら問題となりません。従って、同条は債権者について——そしてまた債務者についても同様に——個別的に過失を確定すべきことを要求しています。ちなみに、原始的客観的不能に関するこの規律は、エルンスト・ラーベル以来誤ったものともっぱら考えられています。この規定はおそらく債務法改正に際して変更されることになりました。

(d) 民法がイエーリングの見解から著しくちがうものとして、最後に、民法が契約締結上の過失について一般的

規定を持たないことを挙げるべきでありましょう。一般的規定を置かなかったことについて、立法者の立場からは十分な理由が存在します。すなわち、イェーリングが契約締結上の過失に含めた事例の大部分は、あるいは過失 *Verschulden* とは関係のない責任の形で規律されるか、それとも、その他の方法で解決されました。さらにこれに加えて、民法は、三〇七条の過失責任 *Verschuldenshaftung* においてイェーリングの抱いていた考えから非常に離れましたので、イェーリングの「客体の不能」についてなされた定式化はもはや適合しません。最後に、立法者は契約締結上の過失のもとに有効な契約の締結の際の義務違反も含めて考えました。この場合には、法的効果として、単に消極的利益のみが問題となるのではなく、——四六三条、五三八条、六三五条におけると同様に——不履行による損害賠償も問題となるのであります。このようにその中にイェーリングがとどまった枠が民法においては大きく踏み越されましたので、契約締結上の過失を統一的にしかもある程度正確に表現することは極めて困難となりました。

三、付、外国民事法典の態度

ちなみに、契約締結上の過失に関する外国における新しい民事法典も、極めて一般的な規定を置いているにすぎません。例えば、イタリア民法一三三七条は、当事者はすでに契約商議および契約締結に際して信義誠実になつた容態を採らねばならない、と規定します。同法一三三八条は、当事者は自己に認識可能な、有効性を阻害する事情を相手方に通知しなければならず、という規定によってこのことを具体化するのみであります。ギリシャ民法一九七条、一九八条もまたイタリア民法一三三七条と同様に一般的であります。最後に、ドイツ民主共和国民法九二条二項によれば、「契約の準備に際し、相手方がその履行を信頼することが許された義務に違反した」者は賠償義務がある、とします。実務で現実に生ずる契約締結上の過失の具体的な問題に対して、このような明確でない表現は殆んど役に立ちません。

- (1) それに代つて Bohrer, Die Haftung des Dispositionsgaranten (1980) S. 100f. の叙述がある。
- (2) それに代つて最近 Bohrer a. a. O. S. 101ff.
- (3) 例えば Jhering S. 26 ; 32 ; 41f.
- (4) Motive I 195=Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB (1899) I 460. 同様に Mot. II 179=Mugdan II 98 ; Mot. II 745=Mugdan II 416.
- (5) Motive II 745=Mugdan II 416.
- (6) Jhering S. 63ff.
- (7) それに代つて Motive II 178f. =Mugdan II 98.

六、民法施行後の展開

民法の施行後、契約締結上の過失に関しさらに重要な変更が行われました。⁽¹⁾

一、契約不成立の場合の責任の拡大

契約締結上の過失の核心をなすところの事例グループ、すなわち、有効な契約締結に至らなかった場合の事例グループが大幅に拡大されました。イエーリングが論じた事例の大多数は、それがたとえその一部（一二三条、一七九条）は過失 *Verschulden* とは関係のない責任の形によるにせよ、民法において解決されました。

(a) 過失責任 *Verschuldenshaftung* の思想のみが——イエーリングの期待に全面的に添って——一般化に適していると考えられました。ここでも、イエーリングの選んだ名称（「過失 *culpa*」）がこの法制度を特色づけるものとしておそらく影響を与えたのでありましょう。なるほど、大審院 *Reichsgericht* は、一九二二年に意思不台致

Dissens について、過失 Verschulden とは関係のない賠償義務も考えるべきかどうかの問題をなお未解決のままにしておきました。⁽²⁾これに対して、のちの判例は殆んど例外なく過失責任のみを肯定してきました。例えば、許可が必要であることについて十分な説明がなされない場合などがそれであります。

方式規定を遵守しないことにより契約が無効となる事例に関する判例は実務上特別の重要性を持ちますが、判例は必ずしも一貫していません。⁽⁴⁾しかし、これらの事例については、契約締結上の過失と並び、それとは異なる観点もまた利用されてきました。例えば、いくつかの事例では、契約無効により利益をうける当事者が方式欠缺を主張することとは許されない、と述べられます。それゆえ、その場合には損害賠償請求ではなく、履行請求が生じます。また、個別的に、積極的利益を目的とする請求権が与えられました。すなわち、方式が必要であるという指摘があれば方式が遵守されていたであろう場合であります。これら二つの事例はともに、イエーリングが契約の有効な締結がなければ常に消極的利益のみを付与しようとしていたのですから、イエーリングの提案とは対立するものであります。⁽⁵⁾

(b) 特別の事情のもとで契約商議の破棄に基づき責任を負わせることも可能であると考えられたこともまたイエーリングの見解と対立いたします。⁽⁶⁾これらの事例がイエーリングの論じた事例と異なるのは、契約商議破棄に基づく責任の場合には、損害を蒙った者が有効な契約が現在存在することに信頼したのではなくて、単に、その将来の契約成立を信頼したにすぎないことにあります。イエーリングは、損害を蒙ったものが契約締結前すでにその履行に着手したときにはその者自身の自己責任であり、それは相手方に対する請求を排斥する、と考えました。⁽⁷⁾私はこの立場を結果において尊重されるべきものと考えます。

二、その他の事例への拡大適用

しかし、イエーリングの当初考えた事例グループが上述のように著しく拡大されただけではありません。第二

に、イエーリングが考えなかったその他の事例グループもまた契約締結上の過失のもとに含められることになりました。イエーリングの論文が、「無効または成立に至らなかった契約における損害賠償」という全く適切な副題のほか、「契約締結上の過失 *culpa in contrahendo*」という、より強い印象を与える、しかし必ずしも正確ではない主タイトルを有していたことがここで影響を及ぼしました。契約商議における過失 *Verschulden* は、単に有効な契約があるかのような不実の外見が成立するという効果以外の効果を持ちうるのですから、この主タイトルは正確ではありません。そしてこの正確でないタイトルが、おそらくその簡潔さの故に支配的となり、適用領域の拡大に力を貸したのであります。

(a) 適用領域の最初の拡大はすでに民法草案理由書で示唆されています。すなわち、そこでは——すでに述べましたように——契約商議中の過失 *Verschulden* の事例で、しかもそこでは有効な契約締結に至ったものも契約締結上の過失に含められています。⁽⁸⁾ 過失 *Verschulden* がここでは主として、契約自体が成立する、あるいは、契約が過失 *Verschulden* なしに合意されたであろう場合とはちがった内容で成立する、というふう⁽⁹⁾に効果を及ぼすのであります。その例は、特に、契約目的物の瑕疵または契約と連関するその他の不利益についての説明のない場合であります。⁽⁹⁾ これらの場合に——ともかくも契約があるとすれば——有効な契約に基づいて訴えうることは疑いないのでありますから、イエーリングにとっては、何ら論ずることを要しませんでした。

この事例グループの今日の問題は次の二つの点にあります。その一つは、法律によって規律されていない事例において一方当事者は相手方にかなる要件のもとにいかなる事情について説明しなければならぬかの問題であります。⁽¹⁰⁾ この点で実務上最もしばしば論ぜられるのは、自動車の売買に際しどのような瑕疵その他の不利な属性を問われなくとも明らかにすべきかの問題であります。例えば、事故歴、その自動車が多くの人手を渡っていること、新しい

車種が存在すること等々が挙げられます。しかし、それ以外でもこの点に関し次のような問題が生じます。債権者は保証人に主債務者の支払能力が良くないことについて注意を促さねばならないのか。⁽¹¹⁾あるいは、中古のコンピュータの売主は、同様の機種の新品のカタログ価格が商議中に著しく下落したことを相手方に告げなければならぬのか、⁽¹²⁾といった問題であります。

他方、これらの事例グループについては他の法制度との競合が問題をはらんでおります。すなわち、ここでは、説明がなされていたならば、その契約の締結は全く行われなかったでありましょうから、損害賠償はしばしば契約解消を目的とします。しかし、取消もまた同じ目的に使われますが、取消は一二三条によれば、ただ悪意の欺罔の故にのみ——従って故意の場合に——可能であります。過失 *Fahrlässigkeit* だけで認められる契約締結上の過失を根拠として契約解消を請求すると、実際には一二三条の悪意要件を不要のものとしてしまいます。このことは許されるのでしょうか。⁽¹³⁾ また、瑕疵担保との限界づけのところ別困難が生じます。しばしば、瑕疵について黙っている売主に対しこの沈黙に責任を負わせる、つまり、売買目的物が瑕疵のないものとして給付されるべきである、というような契約を解釈することがあります。⁽¹⁴⁾

(b) 契約締結上の過失を拡大適用する別の方向は、次のような事例に関するものであります。契約商議中に、それに関与していた者が相手方の過失によりその身体、所有権に損害を蒙る、というもので、例えば、百貨店の顧客が従業員の不手際により、あるいは、汚れの上を滑ることによって負傷する、というのがその典型的なものであります。これらの事例は当初、特別結合関係の法に服せしめられました。その際、特別結合関係の法を契約締結上の過失によって基礎づけることは行われませんでした。むしろ、大審院ははじめは前契約 *Vorvertrag* ⁽¹⁵⁾ で、後には詳しくは性格づけられていない注意義務⁽¹⁶⁾で論じました。約二〇年後にはじめて、大審院はこの前契約上の過失を契約締結上

の過失と結びつけました⁽¹⁷⁾。これらの事例はいずれもアクイリーリウス法による責任の領域に含まれますので、実際イェーリングもこれを論ずる必要はなかったのであります。

これらの場合に、現行法においても不法行為責任が生ずることは明らかであります（八二三条）。しかし、不法行為責任は、特別結合関係に基づく責任に比較すると、例えば、履行補助者の責任（八三一条一項二文）、時効（八五二条）、立証責任の分配などについて多くの弱点を持っています。不法行為責任のこれらの弱点は、契約締結上の過失に妥当する特別結合関係法として処理することによって回避されるものとされています。

三、人的範囲における拡大適用

第三の重要な変更が、ほぼ三〇年前から、何人が契約締結上の過失に基づき責任を負うとされるのかの問題についてなされました。イェーリングの場合は、それは常に商議された契約の当事者であります。民法の場合は、一七九条に無権代理人自身——その者は契約当事者になることはないと言われます——の責任が規定されているので、このことを民法について疑問とするかも知れません。しかし、この責任は契約締結上の過失の事例であるとは考えられませんでした。取引の利害が、積極的利益に対する責任（この規定が当初は唯一の例でありました）を要求する、とされています⁽¹⁸⁾。

これに対して、契約締結上の過失に基づく責任は、契約商議に単に法定もしくは任意代理人として、あるいは、代理人以外の役割において関与した人物にもますます強く拡大されました。バラシユテット⁽¹⁹⁾は一九五一年にその基本的な根拠を次のように定式化しました。「自分に信頼を要求する者に責任が生ずる」。連邦最高裁判所は、今や、「事務代行者 Sachwalter」という玉虫色の概念を使っています。このような「事務代行者責任」の重要な適用例は、自己の専門知識で投資について勧誘を行うもの（弁護士、税理士）、並びに、自動車を手放して同時に新車を買おうとす

る顧客の名でその中古車を第三者に売却する自動車販売者の場合であります。

四、小括

契約締結上の過失について申し上げましたこれまでの展開は全体をまとめて次のように要約することができましよう。イエーリングが論じた事例はその(大)部分が民法により規律されました。民法において規律されないままに残された事例が契約締結上の過失の第一の適用領域をなしています。これと並んで、イエーリングがその出発点のゆえに考える必要のなかった二つの別の事例グループが登場しました。さらに、契約締結上の過失に基づく責任を負う人的範囲も著しく拡大されました。

従って、ここで契約締結上の過失の名のもとに集められたものは大部分イエーリングの意図したものには含まれないこととなります。そのことから、これらの事例を特別結合関係の法による損害賠償義務という形で解決することについてイエーリングを引き合いに出すことはもはや全くもってできないことでもあります。

- (1) 一九〇〇年以降の文献について Bohrer (前掲二二頁注(一)) S. 117ff.; Pouladias, *Culpa in contrahendo und Schutz Dritter* (1982) S. 33ff.
- (2) RGZ 104, 265, 268.
- (3) 契約商議破棄に基づく責任について二二二条に言及する連邦最高裁判所の判決(一九六九年二月六日、LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28) はその例外に属する。
- (4) ねだりし Medicus, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, herausgegeben von Bundesminister der Justiz I (1981) S. 479, 507.
- (5) Jhering S. 16f.
- (6) ねだりし Medicus (前掲注(4)) S. 479, 494ff. (例証を挙げる)

- (7) Jhering S. 43
- (8) 前掲二三頁注(5)参照
- (9) 例えば RGZ 95, 58; RG JW 1912, 743.
- (10) それについては今では Leenen の教授資格論文(シュンヘン大学、現在のところ未公刊)。
- (11) BGH JZ 1983, 445 (一九八三年三月一六日)は否定。
- (12) BGH Betrieb 1983, 2027 (一九八三年七月一三日)は否定。
- (13) これについて、例えば、Medicus, Allgemeiner Teil des BGB (1982) Rdnr. 450; 811.
- (14) これについて、例えば、Medicus, Schuldrecht I § 14 III 2.
- (15) RGZ 65, 17, 19.
- (16) RGZ 78, 239, 240.
- (17) RGZ 95, 58, 60.
- (18) Motive I 243f. = Mugdan I 487f.
- (19) Ballerstedt, AcP 151 (1950/51) 501ff.
- (20) 例えば、BGHZ 56, 81.

七、最近の学説

この講演の締めくくりとして、今日のドイツの法律学が契約締結上の過失の範疇に含められる多数の事例グループとそのさまざまな問題を克服すべく理論上どのように取組んでいるかを皆様方に申し上げなければなりません。いたるところで見解が違っており、支配的であると呼びうるような見解さえも欠いているのが現状であります。見解がどのように多様であることは、あるいは、先に述べましたように、その成立の過程が波乱に富みかつ有機的ではないこ

とと関連するのかもしれない。

一、信頼責任（バラシユテット、カナリス）

比較的広く受け入れられ、とりわけカナリスが突込んで根拠づけた見解は、契約締結上の過失に基づく責任を一般的に、「信頼の要求と付与」に基礎づけます。すなわち、この責任は信頼を裏切ったことの補償である、とします。この見解の中には、契約締結前にすでに存在している保護義務を、契約成立後にはじめて成立するものと結びつけて考える学者があります。つまり、この二種類の義務は一体的な法定債務関係から生じ、それは、契約商議に入ることによって始まり、両当事者が実際にもはやかかわりをもたなくなることによって終るまで続くものである、というのであります。ですから、契約締結そのものは単に、法律行為から生ずる履行義務をこの法定債務関係と同列に置く、という効果をもつにすぎないこととなります。

この見解に対しては特に次のように反論されます⁽²⁾。信頼はたしかに通常の不法行為責任、契約責任においても重要である。しかし、そこでは、信頼は損害に至る因果連鎖の一つにすぎない。例えば、交通事故は、事故の当事者が相手方の正しい交通上の態度を信頼したことから生じている。どうして、信頼が契約・不法行為責任とは別に独立の責任根拠となりうるのか理解に苦しむ。さらにそれに加えて、信頼の要求がいかなる要件のもとに保護されるべきかの問題もしばしば解決されないままに置かれている、とこのように批判されます。

二、社会的接触による責任（デレ）

デレの先蹤に倣い、契約締結上の過失に対する責任を「社会的接触」に基礎づけようとする学者に対しても、同様の批判があたりまらいます。さらにこの見解には、もし社会的接触を広く解し、例えば、日常的交際における接触もまたそれに含めるのならば、社会的接触は必ずしも常に責任を生じさせるものでない、という批判がなされましよう。

これに対して、社会的接触を狭く解するならば、法律行為上の目的に関連させることなしに済ますことは殆んどできないことでありましょう。

三、要保護者の選択（ピッカー）

最近、ピッカー⁽⁴⁾はこの問題について全く独自の定式化をしました。ピッカーは、「何人をも害せず *neminem laedere*」という原則から出発します。この原則は単なる財産侵害の場合にも賠償義務を発生させる。それにも拘らず、ドイツ不法行為法は請求権の重複成立をおそれてかかる侵害に対し原則として賠償を与えていない。すなわち、ある一人に対する侵害は、その人以外の多くの人に対し（例えば、一人の労働者を侵害すると、その雇傭者さらに場合に
より顧客にさえ）被害を与えることがある。その場合に、被害を蒙ったものすべてが請求をなしうるのではなく、第一次的に侵害を受けたもののみである。これに対して、債務関係の中では当事者は当初から確定しており、したがって、純粹の財産利益の保護もまたそこでは問題なく可能である。関与する当事者が同様に特定されることは、契約商議が始まったただけでも生じる。従って、商議開始によって包括的な財産保護が始まりうる。このようにピッカーは主張します。

議論のこのような立て方に対して十分な論議が必要ですが、現在のところ未だなされていません。いずれにしても、私には、少くとも一つの反論が今ここで必要であるように思われます。ピッカーはこの問題をあまりに一面的に第一次的財産侵害に対する保護として、つまり、非アクィリウス法領域に見すぎています。しかしある事例グループ——すなわち、百貨店事故の事例——においてはこのことはそもそも問題となりません。さらに、第一次的財産侵害が現に問題となるところのその他の事例では、私の考えではその重点はむしろそれより以前の問題にあります。すなわち、契約商議中あるいは契約締結後も一方当事者が相手方に対し、その財産を保護するため具体的にいか

なる義務を負うのでしょうか。例えば、当事者の一方は相手方に、自分の知っている方式に関する規定を指摘すべきなものでしょうか。あるいは、さらにその遵守についてさえも留意しなければならないのでしょうか。契約目的物のどのような瑕疵または契約から生ずるどのような危険が問われなくとも説明されるべきなのでしょうか。ピッカーはこれについて全く漠然と、単に、違法な財産侵害が賠償義務を発生させる、と述べているにすぎません。しかし、そのような違法はいつ存在するのでしょうか。

このことをイェーリング⁽⁵⁾の言葉遣いを借りて表現することもできます。契約締結上の過失はなす場合の注意義務 *diligentia in faciendo* を前提とする、と。この注意義務は契約締結後は少くとも第一次的には引き受けられた給付義務（それはさらに保護義務により保護されうる）によって決まります。しかし、この注意義務（そして保護義務）は契約締結以前には何に向けられているのでしょうか。

四、私見

このように申し上げるによりまして、私自身の考えをすでに示唆したこととなります。その考えはドイツ債務法改正に関する鑑定意見⁽⁶⁾においても述べたところであります。私は、アクイリーリウス法領域——つまり、身体・所有権侵害——と一次的財産侵害を区別して考えたいのであります。

(a) アクイリーリウス法領域では、契約締結上の過失は通常不法行為法の弱点を修正することに役立ちます。立法者がこれらの弱点を除去すべきでありましょう。そうすれば、その限りで契約締結上の過失は不用のものとなりましょう。とりわけ、必要とされる行為義務は学説の現状によれば、不法行為法上も、すなわち、安全配慮義務 *Verkehrssicherungspflichten* として根拠づけられましょう。

(b) これと異なるのは第一次的財産侵害の場合であります。と申しますのは、不法行為法改正がこの領域におい

て根本的な改善をもたらすものかどうかはなお大層疑問であるところですが、とりわけ、職務遂行と連関する義務違反に対する不法行為的責任を導入することについて未だ全く意見の一致をみていません。⁽⁷⁾従ってここが、特別結合関係を基礎とする、契約締結上の過失に対する責任が適用される正当な領域であります。

その際、この——今日どっちみち一般に認められている——責任を法律に規定し、より確実なものとするのは、それほど問題ではありません。それに比べて、契約商議に参与する者に課せられる義務を具体化することの方が私ははるかに重要であると考えます。そのことを今ここで詳細に論ぜずに、ただ簡単に言及申し上げたいと存じます。契約商議において、当事者は通常さまざまな利害をもって臨んでいます。原則として、各当事者はそれぞれ自己の利益を守るでありましょう。そのことは法上当然に許されて然るべきであります。この自己の利益を自分で守ることの上に私的自治が成り立っているからであります。この規則からは従って理由づけを要することになります。とりわけ、当事者の一方に相手方の世話 *Betreuung* が課せられている場合には、原則から離れます。特に、通知義務については、通知義務を負う当事者の領域から由来し、その者には容易に認識しうるが、相手方はその事情を知りえずまたは苦勞をはじめて知りうる事情に限り肯定されるべきであります。これに対して、契約商議において一貫した態度をとる義務を認めるのは行き過ぎであると私は考えます。契約商議中は自己の利益評価を、その理由を述べることなく、変更することが許されて然るべきであります。従って、何人も契約商議の相手方が一貫した態度を採るであろうと信頼することはできません。この点で、契約商議破棄に基づく責任は成立しないこととなります。

(1) Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, なが JZ 1965, 475ff. (すでに同旨) 参照。

(2) 例えば、最近では Picker, AcP 183 (1983) 369, 460ff.

(3) Döle, ZGeStW 103 (1943) 67ff.

- (4) Picker, AcP 183 (1983) 369, 460ff.
- (5) Jhering S. 42
- (6) 二七頁注(4)参照
- (7) この論争は新しい八二八条一号についての von Bar, in Gutachten II (1981) 1681, 1761 の提案に関する。

付記

ミュンヘン大学法学部ディーター・メディクス Dr. Dieter Medicus 教授は、国際交流基金による招請により、本年一〇月一五日より約二週間にわたり、わが国を訪問された。教授は九州大学（一七、一八両日）、京都大学（二二日）、北海道大学（二五日）および中央大学（二九日）においてそれぞれ講演会または研究会をもたれ、わが国の研究者と広く意見を交換された。この場を借りて、教授の来日を実現して頂いた国際交流基金に対し深甚なる謝意を表する次第である。

ここに訳出したものは、一七日に九州大学法学部において行われた“Zur Dogmengeschichte der culpa in contrahendo”と題する講演である。

[訳者]